

ドイツ旧約款規制法制定以前における連邦裁判所の約款規制法理について（二・完）  
——内容規制の法理論的基礎の検討に向けて——

原田 昌和

第一章 はじめに

第二章 独占濫用理論および信義則に基づく条項援用制限法理の形成と展開

第一節 ライヒ裁判所による独占濫用理論および条項援用制限法理

一 ライヒ裁判所における独占濫用（独占的地位の利用）理論の形成と展開

二 ライヒ裁判所における信義則に基づく援用制限法理

三 連邦裁判所によるライヒ裁判所の立場の踏襲

第二節 独占濫用理論に対する学説の評価

一 独占濫用理論について肯定的な立場

二 独占濫用理論について批判的な立場

三 小 括（以上、七三号）

第三章 連邦裁判所の約款規制法理の展開

一 画期としての連邦裁判所一九五六年一〇月二九日判決

二 「服従意思の範囲」構成の形成

### 三 信義則に基づく条項無効化法理の形成

#### 第四章 検討——まとめにかえて——

- 一 連邦裁判所による約款規制法理の三層構造
- 二 わが国への示唆（以上、本号）

### 第三章 連邦裁判所の約款規制法理の展開

前章でみたように、連邦裁判所は当初、ドイツ民法一三八条による条項無効化法理（独占濫用理論）とドイツ民法二四二条による条項の援用制限法理の二本立てというライヒ裁判所の立場を踏襲していた。しかし、連邦裁判所は、しだいに、ドイツ民法二四二条に基づく条項無効化法理の形成へと向かっていった。そのような流れにおいては、かかる内容規制法理の形成がどのような法的論理のもとで行われたのか、とりわけ、独占的地位の濫用という要件を必要としない無効化規範の定立はドイツ民法一三八条と矛盾しないのが問題となる。以下では、この点に留意しながら、ドイツ民法二四二条に基づく条項無効化法理の形成過程を見ることとする。<sup>(33)</sup>

さて、以下に見る諸判例においては、普通取引約款が一方当事者により一方的に定立され、相手方の服従（Unterwerfung）のみによって契約の構成部分となることが、条項規制法理の根拠付けとなっているので、先にこの点を確認しておく。連邦裁判所によれば、普通取引約款は「一般的に規律された契約秩序」ないし「既に準備された法秩序」であり、これに加わる者が服従するものでなければ、普通取引約款は契約の構成部分とならない。<sup>(34)</sup>ただし、約款使用者が自己の普通取引約款をその取引の基礎に置くのを常としていることを、約款使用者の相手方が知りまたは知っているべきである場合には、黙示の服従があるとされるため、<sup>(35)</sup>約款規制法制定以前の連邦裁判所判例

においては、非常に緩やかな要件のもとで契約への約款の組み入れが認められていた。

なお、現在では、ドイツ民法三〇五条二項（旧約款規制法二条一項<sup>(56)</sup>）が、普通取引約款が契約の構成部分となるための要件として、明示または視覚可能な掲示による指示および約款内容を認識しうる状態の創出を求めるとともに、約款の適用についての同意を要求することによって、かつての判例よりも厳格な組み入れ要件を定めている。

# 一 画期としての連邦裁判所一九五六年一〇月二九日判決

(1) 連邦裁判所一九五六年一〇月二九日判決<sup>(57)</sup>は、独占的地位の利用という要件から切り離された、ドイツ民法二四二条に依拠した一般的かつ開かれた内容規制へと決定的な一步を踏み出したと評価されている。<sup>(58)</sup>

事案は以下のようなものである。Xは、販売信用を行うG会社と共同して、マットレスや布張り家具の工場を経営し、S家具店に商品を供給していた。Yは、S家具店で寝室を購入したが、その代金に関しては、あらかじめ印刷された書式により、Xの仲介で、G社とYとの間での消費貸借契約が申請された。<sup>(59)</sup> G社はこの申請を承認した。しかし、寝室が引渡されたにもかかわらず、YがG社への割賦金を返済しなかったため、G社は、Yへの貸付債権をXに譲渡した。Xからの請求に対して、Yは、提供された寝室には重大な瑕疵があり、S家具店は修補の約束をしたにもかかわらず修補によってこれを除去しなかったと主張した。<sup>(60)</sup> 原審は、割賦販売においては、金融機関が間に入ることで、二つの独立の契約が締結されており、この法的独立性のゆえに、売買契約上の抗弁（ここでは瑕疵担保の抗弁）を消費貸借契約に基づく請求権者に対して主張することはできないとして、Xの請求を認容した。

これに対して、連邦裁判所は、この見解を原則的な出発点として共有するとしても、Xの請求権に対してYが瑕疵担保の抗弁を主張することが禁じられるかどうかについて、決定的なことは何もいえない、とする。連邦裁判所の論旨は以下のようにまとめることができる。

まず、普通取引約款の内容について内在的制限が存在し、割賦売主が新品家具の最終購入者との関係で瑕疵担保責任を普通取引約款によって全面的に排除することが許されないということが肯定されるべきだとすれば、割賦売主が割賦販売を約款によって二つの法的に独立した契約に分割することによって、瑕疵担保の抗弁の主張を排除することもまた許され<sup>(61)(62)</sup>ない。

今日の複雑な経済生活においては、普通取引約款の枠内での瑕疵担保請求権の排除に関しては、個々の生産段階間、すなわち製造業者と取引業者、卸売りと小売り、取引業者と最終購入者（消費者）との間で異なる諸原則が妥当し、さらに取引業者と最終購入者との間でも、どのような商品が売買契約の対象になっているか、とりわけ中古品か新品かによって、異なる諸原則が妥当する。

小売りと新品家具の最終購入者との関係で瑕疵担保請求権を普通取引約款によって全面的に排除することを、ドイツ民法四七六条<sup>(63)</sup>によって正当化することはできない。同条は、売主と買主との間で特に交渉された個別の責任排除に関するものであり、約款における一般的な責任排除とは原則的に異なる。なぜなら、約款による責任排除は、瑕疵担保請求権に関する任意法規の一般的無力化を目的とし、それにより、制定法により意図されており通常の事例について正当かつ公正と考えられている規律の代わりに、それと異なる規律を通常の事例について置くべしとするものだからである。

瑕疵担保請求権の約款による完全な排除が一般的な法的要請と矛盾するのはどのような場合かという問題は、独占的地位または独占類似の地位の利用（ドイツ民法一三八条）に関するライヒ裁判所の考慮およびドイツ民法二四二条の諸原則に結びつけられるべきである。その際、重要なのは、問題になっている商品売買の特殊性ならびにそのような売買に通常参加する売主層および買主層の利益であって、個別事例において具体的な契約にまさに参加している契約当事者の個別的な利害ではない。買主の利益は、合意した価格で瑕疵のない商品を手に入れることの中

にあり、この利益は、発生した瑕疵が売主によって適切な方法で除去されることによっても守られることからすれば、買主が減額請求権や解除権の代わりに修補請求権を有しておれば、買主の保護に値する利益は十分な範囲で守られるといえる。他方、取引無経験かつ未熟であり、免責条項の射程をよく分らない者が買主層となっていることを考慮すれば、修補が不可能であるか、拒絶され、不相当にまたは遅れて行われた事例においては、買主の瑕疵担保請求権が復活すると考えるべきだろう。なぜなら、とりわけ、適切な修補の失敗は売主の領域に帰せられるべきであるし、このリスクは売主にとって容易に見通すことが可能であり、さらに、客観的な判断をすれば、売買の目的は瑕疵のない商品の取得に向けられているからである。結局、新品家具の売買に際して、普通供給約款による瑕疵担保請求権の排除は、それに代えて修補請求権が買主に対して与えられている場合には、一般的にこれを行うことができる。しかし、修補請求権が何らかの理由から実現されえない場合には、買主の瑕疵担保請求権が復活する。これと異なる供給約款の内容の形成は、信義誠実の諸原則と合致しえない。この点で、供給約款の内容について、ドイツ民法二四二条に基づく強行的な制限が存在する。

以上の買主の法的地位は、割賦販売を約款によって売買契約と消費貸借契約とに分割することによって縮減されてはならないから、Yは、売主Sが修補義務に応じず、その結果Sに対する瑕疵担保請求権がYに帰属する場合には、Xの請求権に対しても瑕疵担保請求権を持ち出すことができる。<sup>(64)</sup>

(2) 本判決は、約款の内容についてドイツ民法二四二条に基づく強行的制限があることを判示したものであり、連邦裁判所がこれに続く諸判断において明確にし、強化した内容規制の本質的諸原則を含んでいると評されている。<sup>(65)</sup> たしかに、すでに本判決において、個別契約と普通取引約款による契約との区別という観点や、指導形象としての任意法規観、約款条項の不当性判断における類型的観点が示されている。しかし、本判決は、特定の条項の有効無効を直接に論じたのではなく、「割賦売主が新品家具の最終購入者との関係で瑕疵担保請求権を約款によ

つて全面的に排除することが許されないということが肯定されるべきだとすれば、割賦売主が割賦販売を約款によって二つの法的に独立した契約に分割することによって、瑕疵担保の抗弁の主張を排除することもまた許されない」という中間命題を立てて、この中間命題との関係で、普通取引約款による瑕疵担保請求権の全面的排除の可否を論じたものである。そのため、どのような法理によって約款条項が無効とされるのか、そして、その無効法理と右の諸観点がどのような関係に立つのかは、明らかとされなかった。この問題は、以後の諸判決によって扱われることとなる。

## 二 「服従意思の範囲」構成の形成

### 1 連邦裁判所一九六〇年九月二十九日判決

連邦裁判所は、まず、「服従意思の範囲」という構成に基づく条項無効化法理を、一九六〇年九月二十九日判決<sup>(66)</sup>において提示した。

本判決の事案は以下のようなものである。船舶の監視・停泊所を経営するYの監視下にあったA会社の船舶二艘が、夜間に沈没した。船体保険業者Xは、Xが填補したA会社の損害の賠償を、制定法上および法律行為上の債権移転に基づいてYに求めた。A Y間の契約の基礎とされたYの約款によれば、Yは船舶の喪失または損傷について一艘につき三〇〇マルクまでしか責任を負わないとされていた。Xは、船舶の沈没はYの監視員の過失に帰せられると主張し、また、Yによる右条項の援用に対しては、右責任制限は事実上免責に等しいものであり、Yは独占的地位にあったから、良俗違反により無効であると主張した。これとともにXは、Yによる責任制限の援用は少なくとも信義誠実に反すると主張した。第一審、原審ともに、条項の有効性を認め、六〇〇マルクを超える部分につき請求を棄却した。原審が独占濫用は存在しないとしたことに対して、Xは独占濫用を主張して上告した。

連邦裁判所は、次のように判示した。すなわち、本件責任制限条項の法的有効性に関する原審の見解は、結果において正当と評価される。もっとも、その際、独占的地位の濫用という問題はあまり重要ではない。普通取引約款が——個別契約の諸条件が個別的に交渉されるのとは異なつて——一方的に設定されたものであり、それゆえ双方による契約交渉によつて一定範囲で与えられる双方の利益の顧慮についての保証が欠けているという事実は、個々の条項の法的有効性の領域についても決定的な役割を果たす。約款設定者の相手方の服従意思は、ドイツ民法二四二条により、その設定を相手方が公正かつ正当に予期しうる諸条件にしか関連しない。この際には、そのような取引に通常関与する範囲の人々の利益の考慮が必要である。

ただ、結論として、連邦裁判所は、本件約款における非常に広範な責任制限は異議を唱えられるべきではないとした。理由は大略以下のようなものである。まず、船舶所有者は、船体保険の締結により、船舶の喪失または損傷から自らを守ることができ、かつこれは通常行われていることである。よつて、Yが普通取引約款においてその制定法上の責任をほぼ完全に排除し、船舶所有者に保険によつて自らを防衛することを任せ、これにより監視手数料をより低く保つ可能性を開くことは、信義誠実に反しない。つぎに、免責が信義誠実に反するかどうかという問題において、保険による損害のカバーという観点が決定的な役割を果たしうるのは、個々の事例において、被害者（加入者）の保険会社に対する保険金請求権が、合意された免責によつて危殆化されない場合に限られる。たとえば、被害者が重過失免責を合意した場合、かかる免責は保険会社の利益を信義誠実に反して侵害する異常な合意であるので——保険会社は被害者の契約相手方に請求してバランスを取ることができなくなる——、保険会社の給付義務は否定されるとするのが判例<sup>67)</sup>である。したがつて、この場合には、合意された免責によつて、被害者の保険会社に対する保険金請求権が危殆化される。しかし、本件では、免責は取引上通常の枠内にあり、保険金請求権が危殆化されることはない。よつて、本件責任制限は異議を唱えられるべきではない。



## 2 連邦裁判所一九六二年一〇月二九日判決

以上のように、連邦裁判所は、顧客の服従意思が関連する範囲でのみ普通取引約款条項は効力を有すると述べ、服従意思の範囲という構成に基づく条項無効化法理を提示した。そして、続く連邦裁判所一九六二年一〇月二九日判決<sup>(68)</sup>において、この服従意思の範囲という構成に基づいて、普通取引約款条項が結論としても無効とされた。

本判決の事案は以下のようなものである。A会社は、コーヒー豆の輸入資金を調達するための融資をXから受ける際に、その担保として、輸入コーヒー豆の上に譲渡担保を設定した。このコーヒー豆は倉庫業者Yに寄託されたが、Yは、このうち五九、四〇〇マルクに相当する分を無権限で重過失によりAに引き渡した。<sup>(69)</sup>まもなく、Aが破産したため、Xは担保の一部を失う結果となった。そこでXは、右額の損害賠償を求めた。これに対してYは、倉庫契約の基礎とされたハンブルク倉庫約款によれば、Yの責任は、一〇〇キロあたり四〇マルク、最大でも五〇〇マルクに制限されるから、債務は最大でも三、九九二マルクであると主張した。原審は、Yおよび履行補助者Gの重過失を認定したうえで、責任制限条項に基づいてYに三、九九二マルクの支払いを命じ、残余の請求を棄却した。Xより上告。

これに対して、連邦裁判所は、以下のように述べた。すなわち、普通取引約款は一方契約当事者によって一方的に設定され、他方契約当事者の服従のみによつて契約の構成部分となるのだから、相手方の同意は、その設定をこの者が公正かつ正当に予期しうる規定にしか関連しえない。そのような取引に通常関与する範囲の人々の利益を考慮した場合に免責条項または責任制限条項が公正さと矛盾するときは、普通取引約款を設定した契約当事者が独占的地位を占めるか否かを考慮することなしに、そのような条項は法的有効性を欠きうる。このことは、自らまたはその指導的従業員に重過失のある本件のような種類の諸事例において通常肯定されるべきである。また、ここでは、一方契約当事者による普通取引約款の一方的設定のゆえに、ドイツ民法三一五条に含まれる保護思想も関わつ



てくる<sup>(70)</sup>。本件では、このような責任制限をなお耐えられるものと思わせる特段の事情は存在しない。寄託者が保険によって損害を填補することが可能であることや通例であることは、倉庫営業者自身の重過失の場合には、通常かかる特段の事情とはならない。このような責任制限の不当性は、物品を権限者にのみ引渡すという主たる義務の履行の際の倉庫営業者自身の重過失が問題となっている本件のような事例においては、とくに明らかである。また、倉庫営業者が自身の重過失により生じた直接損害について保証 (einstehen) しなければならないとしても、倉庫営業者に見通せないリスクが負わされることはない。よって、Y 自身の重過失の場合、責任制限条項はその限りで有効性を欠く。この場合、Y は、無制限に責任を負う<sup>(71)</sup>。

### 3 検討

以上の「服従意思の範囲」という構成は、普通取引約款条項の内容的限界を、約款の拘束力の根拠と関連付けて説明しようとする極めて巧みな構成である。たしかに、約款に服従する者は、一般的には、公正かつ正当な条項が定められていると考えて約款の拘束力を承認していると考えられる。

しかし、この構成には、不公正条項の効力を否定する法理として用いるには限界も存在する。この構成においては、当該条項内容が不公正かどうかそれ自体ではなく、相手方が当該条項内容を公正かつ正当に予期しうるか否かが、有効性判断の中核になっている。すなわち、この構成は、本来は不意打ち条項に対する規制であることを、「不公正な内容の条項は予期しえない」という中間項を媒介にして、不公正な内容の条項の効力を否定する法理として用いているのである。そのため、条項の開示等により相手方が条項内容を予期しうるといえれば——この要件を厳格にすることによって、規制の実を一定程度あげることができるけれども——、条項の効力を否定できないことになってしまうのである。

また、約款の拘束力の根拠としての服従意思は、各取引における個別顧客のものであるから、服従意思の範囲も

また個々の顧客について判断されなければならず、右の二つの判決のいう「そのような取引に通常関与する範囲の人々の利益の考慮」は、判断の際の一つの基準となりうるにすぎない。しかし、このような個別事情の顧慮は、約款を用いた契約を画一的に処理するという要請には合致しないこととなる。<sup>(73)</sup>

### 三 信義則に基づく条項無効化法理の形成

#### 1 連邦裁判所一九六四年二月一七日判決

(1) 以上のように、連邦裁判所は、服従意思の範囲という構成を用いた条項無効化規範を定立した。しかし、一九六四年二月一七日判決<sup>(74)</sup>においては、服従意思の範囲という構成に言及することなく、条項の無効化が検討されている。

本判決の事案は以下のようなものである。Yは倉庫営業者Xに家具を寄託した。Xが残保管料の支払を訴求したのに対して、Yは反訴として、寄託物の毀損紛失を理由とする損害賠償を求めた。ドイツ家具運送普通倉庫約款によれば、倉庫営業者に保管されている物品の毀損が倉庫営業者またはその受任者の過責による場合にのみ倉庫営業者は責任を負い、それについての証明責任は寄託者(Y)が負うものとされていた。原審は、①個々の物品にどのような損害が生じたのか、反訴によって求めている額の内訳がどのようになっているのかをYは主張しなかった、②損害がどのように発生しえたのか、とりわけ、当該合意に基づいてXが責任を負う有責な契約違反に損害が由来すること(Xの帰責事由)を主張することをYは怠ったとして、Xの請求を認容し、Yの反訴を棄却した。

これに対して、連邦裁判所は、本件倉庫約款においては、ドイツ商法四一七条一項・三九〇条<sup>(75)</sup>、ADSp五一a条の規律と異なつて、保管中に物品が紛失毀損したすべての事例について、寄託者に証明責任が負わされているが、これは信義誠実の原則(ドイツ民法二四二条)と合致しえないとした。理由は大略以下のとおりである。

すなわち、ドイツ民法二八二条・二八五条等<sup>(76)</sup>の制定法上の規律は、契約違反の場合において債務者は自己に責任のないことを証明しなければならない旨を定めるが、これは証明責任を意図的に転換したものである。もともと、これらは任意法規だから、当事者の合意が優先するのであって、交渉された個別契約の場合に、これらと異なった取り決めを行うことには一般的には疑念はない。

しかし、普通取引約款の場合には別のことが妥当する。約款の法的効力は、（存在しない）私的自治からではなく、他方契約当事者の服従からしか導き出すことができないのだから、約款により不特定数の個別事例について設定された準則が信義誠実の原則と合致しえない場合には、その準則の承認は拒絶されなければならない。任意法の規定が、その成立を、合目的性衡量だけでなく、事物の本性から生ずる正義の要請に負っている場合、約款による規律がそれと異なるときには、その規律によって規律されるべき諸事例について、任意法の基礎にある正義の要請を疑わせ、それと異なった約款中の規律が正義と公正に合致するように思わせる理由が存在しなければならない。

取引上必要とされているのは、約款を用いて行われる商取引が誠実であることであり、この必要性は、公正かつ正当に思考する者が相当と考えるものの枠内に約款条項があることを要求する。<sup>(77)</sup>

制定法と異なる証明責任の負担が普通取引約款において定められている場合において、約款を設定した契約当事者の答責領域中にある事実についての証明責任が、約款に服従した契約当事者に負担させられているときには、このような条項をもはや正当と評価することはできない。もし、これを許すならば、寄託者は、無傷での物品の寄託、および、寄託された物品の毀損が帰せられるべき事情に加えて、その際に倉庫営業者の過責が存在したことを証明しなければならないこととなるが、おそらく実際上は、証拠不十分として、寄託者にはしばしば法的権利がないこととされるであろう。このような証明責任を約款に服従することによって負わされることは、寄託者にとって期待不可能である。それゆえ、寄託された物品の毀損または喪失に関する倉庫営業者の過責に関する証明責任を寄

託者に一般的に負わせる限りで、本件約款条項は無効であり、その代わりに、ドイツ商法三九〇条一項・四一七条一項が適用される。

(2) 本判決では、服従意思の範囲という構成については言及されず、その代わりに、私的自治の実質的喪失という観点が強調され、普通取引約款中の条項が信義誠実の原則と合致するかどうかが前面に出ている。また、公正かつ正当に思考する者が相当と考えるものの枠内に約款条項があることという要件も、相手方の同意の範囲の問題ではなく、商取引における誠実性からの要請であるとされている。そのため、「不公正な内容の条項は予期しえない」という中間項を媒介とすることなしに、条項の不正性を正面から審査できることになっている。では、服従意思の範囲という構成によらないとして、いかなる法理によつて条項の無効化は可能なのだろうか。これにつき、将来の契約相手方の利益を適切に顧慮する信義誠実に基づく義務の違反、ないし、契約自由の濫用という観点を明らかにしたのが、連邦裁判所一九六四年一月四日判決である。

## 2 連邦裁判所一九六四年一月四日判決

一九六四年一月四日判決<sup>(78)</sup>においても、連邦裁判所は服従意思の範囲という構成をとらず、むしろそれと異なる条項無効化規範の正当化を試みている。

本判決の事案は以下のようなものである。Yは、建設中の事業用不動産の上に五万マルクの二番抵当権をつけて金銭を貸借してくれる者を新聞広告で求めた。これに対して、コンサルタント業者Xの責任者Hからの問い合わせがあったので、YはHを訪れ、抵当権付融資の仲立契約<sup>(79)</sup>を締結した。その裏面約款によれば、与信契約が結ばれた場合、または、委任者の与信申請について関心を有しまたは関心を表明した投資希望者、金銭保有者、金融機関、仲立人等の名を委任者に対して一人または数人挙げた場合には、Xは、申請額の3%、少なくとも受領額の3%の報酬を手に入れる、と定められていた。その後、Xは投資希望者を複数紹介し、Yはそれらの者と交渉したが、融

資は成立しなかった。Xが報酬を訴求したところ、第一審および原審は請求を棄却した。Xより上告。

これにつき、連邦裁判所は、右条項は、個別に合意されたものではなく、普通取引約款に含まれたものであるがゆえに、無効であるとした。理由は以下のとおりである。すなわち、ドイツ民法六五二条一項一文<sup>(80)</sup>によれば、仲立人の斡旋または仲介によって契約が成立した場合にしか、仲立料の支払義務は存在しない。もっとも、これは任意法規であるから、合意により変更しうる。これは、そのような合意が個別契約により交渉された場合には問題ない。

しかし、仲立人が契約内容を普通取引約款によってあらかじめ定めている場合には、法状態は別様に判断されるべきである。普通取引約款を設定する者は、みずからの契約自由を、契約内容の形成に関与するかぎり、自分だけで利用している。それゆえ、約款設定者は、すでに約款の作成の際に、将来の契約相手方の利益を適切に顧慮する義務を信義誠実に基づいて負う。約款設定者が自己の利益だけを妥当させた場合、約款設定者は契約自由を濫用したものである。その場合、契約自由はドイツ民法二四二条によって制限を受ける。取引の相手方を犠牲にして、一方の利益を濫用的に追求していることがその中に具体化しており、それゆえそのような取引に通常関与する範囲の人々の利益を考慮した場合に公正さと矛盾する、不当で、不意打ち的な条項を約款が含む限りで、約款は法的有効性を欠きうる。

この観点の下では、本件約款は異議を唱えられるべきである。本件のように、仲立人が成果のないままで終わった努力についても報酬を約束させる場合、その中には、制定法上の仲立契約の形象と比較して、契約内容の本質的な変更が存在する。顧客は、結果に対してではなく、仲立人の労務に対して報酬を支払わなければならないことになるのである。そのような契約は、雇用契約に大幅に近づき、立法者が規律し、利益適合的かつ正当とみなしたような仲立契約から離れてしまう。仲立契約の顧客にとって、契約をこのようにすっかりと変えてしまう条項は不意

打ちである。とりわけ、本件のように、仲立人が、たった一人の他の仲立人の名前を挙げるだけのことについて、成果のあった仲介の場合と同じ報酬を条件とする場合には、そのような条項は不当である。それゆえ、そのような条項を、普通取引約款に取り入れることによって仲立契約に挿入することは、信義誠実に矛盾する。本件条項は無効であり、その代わりに、ドイツ民法六五二条一項一文が適用され、Xは仲立料を請求することができない。

### 3 検 討

服従意思の範囲という構成においては、予期しえない条項は顧客の服従意思の範囲外にあるということが中核になっており、約款の拘束力の根拠たる服従意思の限界という形で条項の無効化が判断されていた。したがって、ここでは、契約内容への司法的規制を正当化するために、将来の契約相手方の利益を適切に顧慮する信義誠実に基づく義務の違反、あるいは、契約自由の濫用について言及する必要性はない。一九六四年の連邦裁判所の両判決においては、服従意思の範囲の外か否かが問題ではなく、将来の契約相手方の利益を適切に顧慮する信義誠実に基づく義務の違反、ないし、契約自由の濫用を理由とする、意思の外部からの司法的内容規制が問題とされ、条項の不正性が正面から審査されているのである<sup>(81)</sup>。また、かかる構成は、顧客の服従意思を問題とするものではないから、個々の顧客の個別事情を問題とする必要性も存在しない。

ところで、そもそも条項無効化規範としては、ドイツ民法一三八条に基づく独占濫用理論が存在していたはずである。そうであるとすれば、この信義誠実に基づいて負う義務の違反を根拠とする条項無効化規範と独占濫用理論とが、どのような関係に立つのか——両者は矛盾するものなのか、それとも何らかの形で並存あるいは相互補完関係にあるのか——が問題となる。従来、この点の検討は必ずしも十分でなかったようであるので、章を改め、この点につき検討することにする。



- (53) 検討する判例の選択については、河上『法理』三三四頁以下、Graba in: Schlosser/Coester-Waltjen/Graba, Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1977, Vorbem. zu §§ 9 bis 11 Rdn. 9 (S. 190 ff.) を参考にした。
- (54) BGH, Urt.v.8.3.1955, BGHZ 17, 1(2); BGH, Urt.v.22.1.1954, BGHZ 12, 136(142)。
- (55) BGH, Urt.v.15.6.1964, BGHZ 42, 53(55)。相手方の服従については、河上『法理』二一〇頁以下も参照。
- (56) ドイツ民法三〇五条二項（旧約款規制法二条一項）普通取引約款は、約款使用者が契約締結の際に、  
一 他方契約当事者に対して、明示的に、または、明示的指示が契約締結の種類のゆえに著しい困難のもとでしかできないときには、契約締結の場所での明瞭に視覚可能な掲示によって、普通取引約款を指示し、かつ、  
二 他方契約当事者に、約款使用者にとって認識しうる他方契約当事者の身体的障害をも相当に考慮した、期待可能な方法で、普通取引約款の内容を認識しうる状態が作り出され、  
かつ、他方契約当事者が普通取引約款の適用につき同意した場合にのみ、契約の構成部分となる。
- (57) BGH, Urt.v.29.10.1956, BGHZ 22, 90=NJW 1957, 17。本判决については、北川善太郎「ドイツ判例法における瑕疵担保（一）」民商法雑誌四六巻三号四七四頁（一九六二年）千葉恵美子「ローン提携販売の法的構造に関する一考察（二）」北大法学論集三〇巻三号五二七頁以下（一九七九年）も参照。
- (58) Brandner in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 8. Aufl., § 9 Rdn. 4 (S. 546), 1997。
- (59) この申請書のYの署名について、原審は、Yの署名はYの妻によって行われたものであるけれども、Yは自己の名で締結された売買契約および消費貸借契約を事後的に承認したと述べた。これに対して、連邦裁判所は、原審の事実認定はYの黙示の承認を肯定するのに十分な手がかりを与えるものではないとして、この点についても差戻審で審理するようにと述べている。JURIS-Dok. Nr. KORE 016548047。
- (60) Yはまた、書面上の裁判管轄条項は独占類似の地位の利用により良俗違反として無効であり、ドイツ民法一九九条により契約全体が無効となる結果、Yは契約上の義務を負わないと主張している。これに対して、連邦裁判所は、条項の無効が契約全体の無効を招来しないことはライヒ裁判所以来の確定判例であるから、このことはYの契約上の義務に影響しないとした。
- (61) 河上正二・加藤雅信・加藤新太郎「鼎談・約款論を語る」判タ一八九号九頁以下（二〇〇五年）は、「本来であれば一個として読めるものを、それを約款という道具を使って三面契約に仕立てることが本当にできるのか」（同一頁）という問題の立て方が、わが国においても成り立つものであり、広範かつ有用な広がりを持ちうることを指摘している。
- (62) 売買契約に基づく売主の請求権に対する抗弁（ここでは瑕疵担保の抗弁）を消費貸借契約に基づく請求権者に対して主張できるかという問題一般については、本稿では立ち入らない。これについては、千葉恵美子「ローン提携販売の法的構造に関する一考察（一）」、（二）」、（三）」北大法学論集三〇巻二二三頁以下、三〇巻三三五頁以下、三〇巻三五五頁以下、三四巻三・四号五六七頁（一九七九年、一九八四年）を参照。
- (63) 債務法改正前ドイツ民法四七六条 物の瑕疵を理由とする売主の瑕疵担保の義務を免除しまたは制限する合意は、売主が瑕疵を悪意で黙秘した場合には、無効である。



- (64) 結論としては、差戻審による改めての審理により、Yの妻によって締結された売買契約をYが承認したという結論に至った場合には、Yの瑕疵担保の抗弁を考慮してさらに認定を行わなければならないとして、破棄差戻しとされた。
- (65) Graba, a.a.O. (Fn. 53), Vorbem. zu §§ 9 bis 11 Rdn. 9 (S. 191).

他方、類型的判断に基づく条項無効化法理をドイツ民法三四二条に位置付けることに対しては、同条は類型的判断を行う条文ではなく、個別事例関係的な判断を行う条文であることからすれば、条項無効化規範を直接に同条に位置付けることはできないとの批判もある (vgl. Lukes, Gedanken zur Begrenzung des Inhalts Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Festschrift für Alfred Hueck zum 70. Geburtstag, 1959, S. 459 (467 f.); Brandner, AcP 162 (1963), S. 237 (247)°。また同条は「契約の履行に関する規律であつて、契約の有効性審査の基礎とすべきではない」との指摘もある (Brandner, a.a.O., S. 237 (247)。やむを得ず Kaiser, a.a.O. (Fn. 19), S. 281 f. も指摘している)。

- (66) BGH, Urtv. 29.9.1960, BGHZ 33, 216 = NJW 1961, 212. 本判决については、木村惇「普通取引約款における免責・責任制限条項の効力」龍谷法学一〇巻三九〇頁以下 (一九七八年)、山本豊「保管型営業主の用いる免責条項に対する司法的規制について (一)——日独両法の比較を中心に——」上智法学論集二七巻二五五頁以下 (一九八四年) も参照。

- (67) BGH, Urtv. 29.10.1956, BGHZ 22, 109 (119 f.).

- (68) BGH, Urtv. 29.10.1962, BGHZ 38, 183 = NJW 1963, 99. 本判决については、山本豊・前掲注 (66) 四六頁以下も参照。

- (69) 控訴審で、Yは「この引渡しはX代理人の指示によるものであると主張したが、認められなかった。

- (70) この後の諸判決では、三一五条の法思想は援用されていない。約款に対する内容規制に際して、三一五条の保護思想を援用することの可否については、Lukes, NJW 1963, 1897, 大村須賀男・前掲注 (52) 神戸法学雑誌一四巻四号七八一頁を参照。

- (71) 結論としては、原審において棄却された範囲で、破棄差戻しとされた。

- (72) 不意打ち条項規制を定めるドイツ民法三〇五c条一項 (旧約款規制法三条) も、普通取引約款中の条項で、当該諸事情 (nach den Umständen) とりわけ契約の外形からして、約款使用者の相手方がそれを予期する必要があるほどに異常であるものは、契約の構成要素にならない (傍線は筆者) と定める。

- (73) わが国の学説について述べたものだが、山下友信「普通保険約款論 (五・完)——その法的性格と内容的規制について——」法学協会雑誌九七巻三三三四二頁以下 (一九八〇年) は、約款の拘束力の根拠と関連させて不合理な条項にはそもそも拘束力が発生しないとする見解に関して、このことを指摘している。

- (74) BGH, Urtv. 17.2.1964, BGHZ 41, 151 = NJW 1964, 1123.

- (75) 一九九八年改正前ドイツ商法四一七条一項 物品の受取、保管および保険に関する倉庫業者の権利および義務には、問屋に関して適用のある三八八条ないし三九〇条の規定を適用する。

ドイツ商法三九〇条一項 問屋は、自己の保管する物品の喪失および毀損について責任を負う、ただし、その喪失または毀損が、通常の商人の注意をもって避けることのできなかった事由に基づくときはこの限りでない。

(76) 債務法改正前ドイツ民法二八二条（現二八〇条一項二文にはば対応） 給付の不能が債務者の責めに帰すべき事由の結果であるか否かに  
つき争いあるときは、債務者が証明責任を負担する。

債務法改正前ドイツ民法二八五条（現二八六条四項） 債務者は、その責めに帰すべからざる事由によって給付を行わない限り、遅滞に陥  
らない。

(77) これが、以後の判例の中で繰り返し言及されることとなる「任意法の秩序付け機能」ないし「任意法の指導形象機能」に関する命題であ  
る。本稿ではこの問題には立ち入らないが、文献として、河上『法理』三八四頁以下および三九四頁、山本豊・前掲書注（６）五九頁以下およ  
び八六頁、同・前掲書注（７）八一頁以下を参照。

(78) BGH, Urtv.4.11.1964, NJW 1965, 246-WM 1964, 1319.

(79) 仲立契約が否かも争われているが、本稿と関係ないので省略する。

(80) ドイツ民法六五二条一項一文 契約の締結に機会を斡旋することまたは契約を仲介することについて仲立料を合意した者は、仲立人の斡  
旋または仲介によって契約が成立した場合にのみ、仲立料の支払義務を負う。

(81) なお、この条項無効化法理と、服従意思の範囲という構成との関係については、混乱もあつたようである。たとえば、連邦裁判所一九七〇  
年六月四日判決（BGH, Urtv.4.6.1970, BGHZ 54, 106(109 f.)=NJW 1970, 1396(1397 f.)）においては、将来の契約相手方の利益を適切に顧慮す  
る信義誠実に基づく義務の違反や、契約自由の濫用についての言及がある一方で、相手方によって一方的に設定された普通取引約款に服従した  
契約当事者の同意は公正かつ正当に予期されなければならない条項にしか及ばない、との説示も行われている。

## 第四章 検討——まとめにかえて——

### 一 連邦裁判所による約款規制法理の三層構造

(1) 契約で合意された内容が一方当事者にとって不利益なものであっても、それだけでは、その法的有効性が拒  
絶されることはない。これが契約自由の原則の帰結である。この原則からの普通取引約款における例外則として、  
ライヒ裁判所は、ドイツ民法一三八条による条項無効化法理、すなわち独占濫用論を形成した。普通取引約款に  
おける不当条項の問題を、ドイツ民法一三八条二項を参考に、搾取の枠組みにおいて捉えたのである。しかし、独

占濫用理論は、不当な取引条件が用いられる諸事例の一部しか捉えることができなかった。そのため、ライヒ裁判所は独占要件を緩和し、また、独占濫用理論に重ねて、信義則に基づく条項の援用制限法理を形成した。

連邦裁判所も、当初こそかかる二本立ての規制に従ったが、後に、独占濫用を要件としない条項無効化法理の形成に乗り出した。連邦裁判所は、まず、普通取引約款設定者の相手方の服従意思はその設定を相手方が正当かつ公正に予期しうる条項にのみ及ぶとして、「服従意思の範囲」という構成に基づく条項無効化法理を提示した。この構成は、独占濫用理論のような意思の外部からの司法的規制ではなく、顧客の服従意思の及ぶ限界を画するという、約款の拘束力の限界設定という観点からの規制であった。ところがこの構成は、本来は不意打ち条項に対する規制であるものを、「不公正な内容の条項は予期しえない」という中間項を媒介にして、不公正な内容の条項の効力を否定する法理として用いるものであったために、条項の開示等により相手方が当該条項内容を予期しうるといえれば規制ができないという問題点があった。さらに、この構成においては、服従意思の範囲は個々の顧客により判断されねばならないから個別事情を考慮せざるをえないが、このことは約款を用いた契約を画一的に処理するという要請に合致しないという点でも問題を孕むものであった。

(2) 続いて、連邦裁判所は、服従意思の範囲という構成とは異なる条項無効化法理を提示するに至った。すなわち、普通取引約款設定者は、約款の作成の際にすでに、将来の契約の相手方の利益を適切に顧慮する義務を信義誠実に基づいて負い、約款設定者が自己の利益だけを妥当させた場合、約款設定者は契約自由を濫用したものとして、契約自由はドイツ民法二四二条によって制限される、という条項無効化法理である。前記の服従意思の範囲という構成においては、予期しえない条項は顧客の服従意思の外にあるとのみいえばよかった。それにもかかわらず、ここであえてこのような信義誠実に基づく義務の違反についての言及が行われていることは、これが別の無効化法理であることを示しているといえるだろう。また、ここでは、「不公正な内容の条項は予期しえない」という

中間項を媒介とせず、条項の内容が信義誠実と合致するかどうか前面に出ているため、相手方が条項内容を予期しうる場合にも、規制が行われうることになる。すなわち、この条項無効化法理にあつては、服従意思の範囲という約款の拘束力の限界付けという形で、条項無効化法理ではなく、信義誠実に基づく、意思の外部からの司法的内容規制が問題とされているのである。

(3) ところで、このように、約款設定者が信義誠実に基づいて負う義務の違反を理由として契約自由を制限すると考える場合、この条項無効化法理とドイツ民法一三八条ないし独占濫用理論との関係をどのように考えるか——とりわけ、独占濫用がないにもかかわらず条項を無効とすることは、一三八条との間で評価矛盾をきたさないのか——が問題となる。

これについて、連邦裁判所は明示的な説明を行っていない。しかし、条項内容が信義誠実に合致するか否かの判断が、「そのような取引に通常関与する範囲の人々の利益」を考慮して類型的に行われるべきものであることに着目すれば、単に根拠条文がドイツ民法一三八条か同二四二条かという相違以上に、つぎのような説明が可能だろう。

まず、大前提として、契約の一方当事者にとって不利益な契約条項の設定それ自体は、契約自由により許される。すなわち、契約条項が一方当事者にとって不利益であるということだけからでは、条項の無効判断を引き出すことはできない。設定者の行為態様を考慮に入れて初めて、条項の無効判断は可能となる。このことは暴利行為におけると同様である。そこでライヒ裁判所および当初の連邦裁判所は、暴利行為論の延長に立って、独占的地位の濫用の禁止という行為義務を設定し、その違反を搾取と同様に評価した。ここで重要なのは、——給付の不均衡と同様に——個別的な当該契約相手方との関係で不利益を与える条項の無効化が図られているということであり、判断は個別的に行われる。

さて、連邦裁判所が最終的に提示した信義誠実に基づく義務の違反を理由とする条項無効化法理においては、普通取引約款の設定により契約内容形成の自由を自分だけで利用できる地位の濫用が問題とされている。たしかに、独占濫用理論との均衡を考えるならば、この地位を濫用して、個別的な当該契約相手方にとって不利益な契約条項を合意したとしても、それだけでは、その条項は有効と評価されなければならないはずである。なぜなら、これを無効とすることは独占濫用理論との間で評価矛盾に陥るからである（連邦裁判所は独占濫用理論を廃棄していない）。しかし、この信義誠実に基づく義務の違反を理由とする条項無効化法理において問題とされているのは、普通取引約款——相手方の服従によつて契約内容になるという過程まで含むものとしてのそれ——を利用する者に対して、「そのような取引に通常関与する範囲の人々の利益」を考慮すべく信義則上課される義務である。すなわち、個別的な搾取の禁止の枠外で、約款という制度ないし仕組みの利用者にかかる信義則上の義務が課されているのである。独占濫用理論といえども、かかる特殊な立場にある者に——個別的な搾取の禁止の枠外で——かかる類型的な利益を配慮する義務を課することまで禁じるものではない。まとめると、ドイツ民法一三八条が個別的な搾取を対象とするのに対し、ここでは、暴利行為論拡張の限界を補う形で、取引上の信義誠実<sup>(82)</sup>を根拠とした条項無効化法理が形成されてきたのである。

このように見たとき、ドイツ旧約款規制法制定以前における連邦裁判所の約款規制法理は、つぎのような三層の補完的構造をもっていたことができる。すなわち、契約の一方当事者にとつて不利益な契約条項の設定それ自体は、契約自由により許される（原則）。これに対して、個別的な搾取の禁止という枠組みで、独占的地位の濫用という約款設定者の行為態様を考慮に入れて、個別的な当該契約相手方との関係で不利益を与える条項の無効化が図られる（独占濫用理論（例外①））。さらに、個別的な搾取の禁止の枠外で、普通取引約款の設定により契約内容形成の自由を自分だけで利用できる地位にある者に対して、「そのような取引に通常関与する範囲の人々の利益」

を配慮する義務が課され、かかる類型的な観点において不利益と判断される条項の無効化が図られる（信義誠実に基づく義務の違反を理由とする条項無効化法理〔例外②〕）。さらに、それ自体は有効な条項であっても、個々の事例において、ドイツ民法二四二条による条項の援用が制限される場合がある（信義誠実に基づく条項の援用制限〔例外③〕）。

信義則上の義務の違反を理由とする条項無効化法理は、現在、ドイツ民法三〇七条<sup>(83)</sup>に引き継がれているが、そこでも、判断は個別事情から離れた類型的なものであるとされている<sup>(84)</sup>。

なお、現在では、ドイツ民法三一〇条三項<sup>(85)</sup>が、消費者契約についての特則を定める。これによれば、約款規制に関する諸規定は、事前形成された消費者契約の条件に、それが一度だけの利用を目的とする場合であっても適用の可能性があるとされ、また、不当な不利益を判断するに際しては、契約締結に伴う事情も考慮しなければならないとして、類型的な利益の配慮のみならず、具体的・個別的な事情の考慮が定められている。右に分析した図式と比較すると、これは——消費者契約を個別暴利と評価しているわけではないから——例外①と衝突することになる。独占濫用が存在しない場合でも、個別的な契約相手方にとって不利益な契約条項を無効とすることを、消費者契約という限定された領域で——その問題性に鑑みて——特別に認めたものとして位置付けられよう。

## 二 わが国への示唆

本稿は、ドイツ旧約款規制法制定以前の連邦裁判所による内容規制法理の理論的基礎の検討を主題とするものではあるが、最後に、本稿の検討から得られる示唆を若干検討してみたい。もとより、ドイツにおいてもわが国においても、普通取引約款ないし付随的契約条項に対する内容規制の基礎については、すでに多数の文献が発表されており、それらの比較検討にまでは至っておらないため、あくまで今後の検討課題として、試論的に、以下の点を指



摘するにとどめる。

(1) まず、ドイツ法の分析でみた約款規制の三層構造をわが国でも参照できるかである。わが国においても、契約で合意された内容が一方当事者にとって不利益であっても、それだけでは、その法的有効性が否定されることはない。わが国の民法九〇条には暴利行為を定める規定はないが、大判昭和九年五月一日民集一三巻八七五頁は「他人ノ窮迫輕卒若ハ無經驗ヲ利用シ著シク過当ナル利益ノ獲得ヲ目的トスル法律行為ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスルモノニシテ無効ナリト謂ハサルヘカラス」と述べ、相手方の窮迫、輕率または無經驗の利用のような事由のある場合にのみ、契約を無効としている。近時、暴利行為準則の柔軟活用が主張されているが、それとて、合意の内容が一方当事者にとって不利益であることだけを理由として契約を無効とするわけではない。したがって、ドイツ法の分析でみた約款規制における三層構造は、わが国においても、検討に値するといえるだろう。

(2) つぎに、仮にこのような三層構造を参照した場合には、契約条項の無効を定める消費者契約法八条以下の位置付けが問題になる。これについては、さしあたり以下の二つの可能性がある。一つは、ドイツにおける信義誠実に基づく義務の違反を理由とする条項無効化法理のように、個別的な搾取の枠組み（個別的な暴利行為の枠組み）の外で、類型的な観点において相手方にとり不利益と判断される条項の無効化を図る法理と考える可能性であり、もう一つは、現在のドイツ民法三一〇条三項のように、消費者契約の領域で、個別暴利規制を超えて、個別的な契約相手方にとって不利益な契約条項の無効化を図る特別な無効準則と考える可能性である。

これについて、わが国の消費者契約法の立法過程に立ち戻って考えるならば、第一六次報告書は、事業者が消費者の利益を適切に配慮すべき義務の基礎として、「消費者取引においても、契約当事者の一方である事業者が、大量取引を迅速かつ画一的に処理しながら安定した契約を確保するために、その契約において種々の権利を留保したり、相手方の権利を制限するなど自己に一方的に有利な契約をなすことが可能な場合があり、このことが、一



般に消費者が取引経験や法律知識に欠けていることとあいまって、消費者トラブルの主な原因の一つとなっている」と説明している<sup>(87)</sup>。ここでは、たしかに、事業者が大量取引を迅速かつ画一的に処理するために一方的に契約条項を設定することの問題性が言及されているが、消費者契約を、不特定多数の相手方に適用するためにあらかじめ設定した契約条項に限定することまでは述べられておらず、そのような立場は立法上も採用されていない。むしろ、同報告書では、消費者の取引経験や法律知識の欠如が言及されており、消費者契約法一条も、規制理由を「消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差にかんがみ」と定めている。以上からすれば、消費者契約法八条以下は、契約条項の類型的・不当性だけを問題としているのではなく、事業者と消費者との間の構造的格差にかんがみて、消費者契約という限定された領域で、個別的な契約相手方にとって不利益な契約条項の無効化を図る準則を特別に認めたとみる方が適当だろう<sup>(88)</sup>。

このようにみることが可能だとすれば、このことは、消費者契約法八条以下の趣旨を考慮して、一般条項を介した司法的内容規制をする場合にも意味をもつだろう。たしかに、本来、（柔軟化された意味であれ）暴利行為とされる場合でなければ、個別的な契約相手方にとって不利益な契約条項を無効と評価することはできない。消費者契約法八条以下は、事業者と消費者との間の構造的格差にかんがみて、あえてこれを可能とした特則と位置付けられる。しかし、ここで問題とされているものが——一定の政策目的の実現ではなく——個人の権利や利益の保護であることにかんがみれば、消費者契約法八条以下のような特別法がなくとも、一定の介入指標と特別な介入を正当化する根拠が存在すれば、個別的な契約相手方にとって不利益な契約条項の無効化を図る特則を一般条項を通じて創出することは可能と考えてよいだろう。ただし、それが暴利行為準則と正面から衝突することからすれば、かかる特則を容易に認めるべきではないし、交渉力の相違はほとんどの契約関係においてみられるから、事業者と消費者の間の構造的格差に比肩しうる構造的格差を示す明確な介入指標と、個別暴利規制を超える介入を正当化する根

拠を提示するのは、実際には難しいだろう。<sup>(90)</sup>

(3) また、このように考えたとしても、個別的な搾取の枠組み（個別的な暴利行為の枠組み）の外で、類型的な観点において不利益と判断される条項の無効化を図る法理を、民法九〇条や一条二項を基礎に導入する可能性は、なお検討されるべきである。本稿の分析に従えば、これは、一方当事者によってあらかじめ設定され、相手方の服従によって契約内容となった契約条項につき、そのような取引に通常関与する範囲の人々の利益を考慮した場合に不公正と評価される条項を無効とする内容規制法理である。

かかる内容規制法理を導入する場合、まず、どのような契約条項がかかる類型的な観点からの規制の対象になるかが問題となる。これについては、不特定多数の契約において用いるためにあらかじめ契約条項を準備・設定し、当該契約に付随させ、相手方の服従によって契約内容とした場合が典型であろうが、より一般的には、——トートロジーではあるものの——取引上の信義誠実から条項の内容につき類型的公正さが期待されるべき場合ということができる。これに関しては、公証契約中の免責条項について、一方的な利益追求を伴う一方的な内容形成、相手方にとつての内容形成可能性の欠如、大量契約に関する一般的規律が問題であること、内容が相手方にとつて見通すことができずかつしばしば不意打ちとなること、といった要素を挙げて、公証契約を普通取引約款と同様に取り扱う<sup>(91)</sup>えるかどうかを検討するドイツ連邦裁判所一九七四年三月二九日判決が参考になる。

また、かかる内容規制の根拠条文も問題となる。これについては、それが無効規範であるということ、および、個人の権利や利益の保護を目的とする公序良俗の存在が裁判例の傾向分析としても明確に示されるに至っている現在の状況を考慮すれば、民法九〇条とすることが考えられる。ただ、いずれにせよその基礎には、上記のような契約条項の設定により契約内容形成の自由を自分だけで利用できる地位にある者に対して、取引上の信義誠実に基づいて課される義務の違反という観点が存在するといえるだろう。

(4) 以上の条項無効化法理に加えて、それ自体は有効な条項の個々の事例における主張の仕方に関する条項の援用制限法理も肯定されてよいだろう。<sup>(92)</sup> 消費者契約中の条項の援用制限を行った近時の判例としては、いわゆる学納金返還請求訴訟に関して、合格者の親からの電話に対する大学職員の発言などの個別事情を根拠として、学納金不返還特約を援用して授業料の返還を拒むことは許されなかったものがある。<sup>(93)</sup>

(5) 以上に関連する問題として、消費者と事業者との間で個別的に交渉された条項が消費者契約法による不当条項規制の対象となるかという問題がある。<sup>(94)</sup> これについては、どの程度の交渉があれば個別交渉ありといえるかという問題はあるものの、消費者契約法による不当条項規制が構造的な格差を理由とするものであることにかんがみれば、少なくとも、個別的な交渉が実際に行われた場合は規制外と考えるべきだろう。同様に、約款設定者と相手方との間で個別的に交渉された条項が上記の類型的判断を基礎とした内容規制の対象になるかという論点についても、個別的な交渉が実際に行われた場合にまで、契約内容形成自由の濫用という非難はできないから、個別的な交渉が実際に行われた場合はやはり規制外と考えるべきだろう。いずれも個別的な搾取の禁止（暴利行為規制）の枠内で有効性が判断されるべきである。ここでは、個別的な搾取の禁止の枠組みが、補完的に作用するのである。

また、とりわけ給付や対価に関する条項などの合意の中心部分に対する介入の可否も問題となる。合意の中心部分と付随的条項を明瞭に区別できる基準が提示できるかという問題をひとまずおくとしても、これについては、合意の中心部分には当事者の個別的な意思が関与しているとみて、これも同様に消費者契約法の規制外と考えて、個別的な搾取の禁止（暴利行為規制）の枠内で有効性を判断すべきであろう。<sup>(96)</sup>

さて、本稿では、ドイツ旧約款規制法制定以前の連邦裁判所による条項無効化法理の理論的基礎について検討した。ドイツでは当初、暴利行為論の拡張という形で約款問題への対応が行われた。しかし、その拡張にも限界があ

ることが意識され、まさにそれを補う形で（あるいはその限界を克服する形で）、新たな無効準則が、信義誠実を根拠に形成されていった。ここには、暴利行為論の拡張と限界、そして、その外延にある無効準則の形成という一連の流れをみることができる。さて、ドイツにおける暴利行為論の活用は現在でも行われており、筆者もかつて検討を行ったところである。<sup>(97)</sup> ここでは、暴利行為論拡張の限界設定が、とられた行為態様との関係で慎重に検討されていた。わが国でも、暴利行為論ないし公序良俗の拡張・活用の可能性が検討されているが、そこでは当然、拡張・活用の限界設定という問題がクローズアップされざるをえない。そこで今後、暴利行為論の拡張・活用の可能性とその限界を検討するとともに、その外延にある無効規範の内容実を明らかにする形で、公序良俗論の研究を深めたい。<sup>(98)</sup> 他方、普通取引約款ないし付随的契約条項に対する内容規制の基礎については、日独ともに、すでに多数の文献が発表されており、本稿ではそれらの比較検討にまでは至らなかった。加えて、本稿では、契約条項を無効とした際の法律効果の問題（当該条項の一部無効の可否）についても検討が及んでいない。<sup>(99)</sup> これらについても今後さらに研究を継続することを期して、ひとまず筆をおくこととする。

(82) 類型的判断に基づく条項無効化法理をドイツ民法二四二条に位置付けることに対しては、すでに見たように批判もある（注（65）参照）。

しかし、同条の背後にある信義則は、債権法全体に関わる原理だから、契約自由の行使にも信義則による制限は存在する。その意味で、厳密には、同条の背後にある信義則に由来する内容規制であるという説明の方が正確だろう。Vgl. Fastrich, aaO. (Fn. 11), 70 ff.; schon Siebert, in: Soergel Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 9. Aufl., 1959, § 242 Rdn. 113(S. 837)。

(83) ドイツ民法三〇七条（旧約款規制法九条） ① 普通取引約款中の規定は、それが信義誠実の要請に反して約款使用者の契約相手方に不当に不利益を与える場合には、無効である。不当な不利益は、規定が不明確であること、および理解しにくいことから生じうる。

② 約款中の規定がつぎの各号に該当する場合には、疑わしいときは、不当な不利益が推定されるべきである。

一 制定法上の規律と相違する約款中の規定が、その制定法上の規律の本質的な基本理念と合致しないとき、または、  
二 約款中の規定が、契約の性質から生ずる本質的な権利および義務を、契約目的の達成を危殆化するほどに制限するとき。

③ 略（旧約款規制法八条）。

(84) BGH, Urt.v.8.10.1986, BGHZ 98, 303(308); A. Fuchs in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl., 2006, § 307 BGB Rdn. 110 ff.

(S. 621 ff.).

(85) ドイツ民法三一〇条三項（旧約款規制法二四 a 条） 事業者と消費者との間の契約（消費者契約）については、本節の規定は以下の条件で適用する。

一 普通取引約款は事業者により設定されたものとみなす、ただし、それが消費者により契約中に挿入された場合にはこの限りでない。  
二 本法の三〇五 c 条二項、三〇六条および三〇七条ないし三〇九条ならびに民法施行法二九 a 条は、事前形成された契約条件に、それが一度だけの使用を目的とする場合であっても、消費者が事前形成のゆえにその内容に影響を及ぼすことができなかつた限りで適用する。

三 三〇七条一項および二項により不当な不利益を判断するに際しては、契約締結に伴う事情も考慮しなければならない。

(86) 大村敦志『公序良俗と契約正義』とくに三六三頁以下（一九九五年、初出一九八七年）を参照。

(87) 前掲注（13）三七頁。

(88) 落合・前掲書注（1）一五一頁は、消費者の勧誘状況など、当該契約に関する契約時点でのすべての個別事情を考慮に入れるべきとする。

(89) 筆者自身は、暴利行為の拡張という方向性そのものには賛成である。ただし、その拡張によつても対応できない部分については、一定の明確な介入指標とその介入を正当化する特別な理由を備えた無効準則が必要であると考えるのである。

(90) なお、このように考えることは、消費者契約法八条以下の内容規制準則を、同法成立の結果として初めて創設されたとする見方（創設的規定説）には直結しない。わが国においては、すでに以前より消費者取引公序論が展開を見、さらに近時においては、国家・社会の秩序の維持を目的とする公序良俗とは異質な、個人の権利や利益の保護を目的とする公序良俗の存在が、理論的提言としてだけでなく、裁判例の傾向分析としても示されている（山本敬三「公序良俗法の展開」同『公序良俗論の再構成』一八二頁以下（二〇〇〇年、該当部分の初出は一九九八年）。かかる状況においては、消費者契約法の内容規制準則は、民法九〇条のもとの消費者取引公序の内容を確認し、これを消費者契約の場面で具体化したものだと言える可能性（確認的規定説）も十分に存在する。この点で、最判平成一八年一月二七日民集六〇巻九号三三七頁が、学納金不返還特約を、消費者契約法九条一項との関係では不当とする一方で、民法九〇条には反しないとしたことには疑問がある（潮見佳男「学納金返還と公序良俗規範」NBL 八四九号九頁（二〇〇七年）、同「学納金返還請求」最高裁判決の問題点（下）——民法法理の迷走——NBL 八五二号五八頁以下（二〇〇七年）の指摘も参照されたい）。

消費者取引公序論については、長尾治助「消費者取引と公序良俗則」同『消費者私法の原理』二二〇頁以下（一九九二年、該当部分の初出は一九九〇年、今西康人「消費者取引と公序良俗違反」法律時報六四巻二二八〇頁以下（一九九二年）、大村敦志「取引と公序」同『契約法から消費者法へ』一七五頁以下（一九九九年、該当部分の初出は一九九三年）を参照。

(91) BGH, Urtv. 29.3.1974, BGHZ 62, 251 (252). 公証契約に対する内容規制に関する判例の展開については、藤田貴宏・前掲注（11）二二二頁以下参照。ただし、制度化した契約すべてを内容規制の対象とするところまで進むこと（同二二九頁）に対しては、なお慎重な検討を要する。そのほか、高橋弘「普通取引約款と消費者保護・3——西ドイツの動向を手がかりとして」法律時報四八巻二二六頁以下（一九七六年）も参照。

(92) 本稿の分析は、不当条項規制における公序良俗則と信義則の使い分けのあり方についても検討を促すこととなる。この問題については、中舎寛樹「公序良俗と信義則」椿寿夫・伊藤進編『公序良俗違反の研究——民法における総合的検討』二六五頁以下（一九九五年、該当部分の初出は一九九三年）、山本豊「不当条項と公序良俗」同書三二三頁以下（該当部分の初出は一九九四年）も参照。

(93) 最判平成一八年一月二七日判時一九五八号六二頁。拙稿「学納金不返還条項の不当性——判批（最判平成一八年一月二七日）」民商法雑誌一三六巻四・五号六二九頁以下（二〇〇七年）も参照。

(94) この問題については、注（14）のほか、潮見佳男「不当条項の内容規制——総論」河上正二他著『消費者契約法——立法への課題——』別冊NBL五四号一三九頁以下（一九九九年）も参照。

(95) この問題については、山本豊「不当条項規制と中心条項・付随条項」河上正二他著『消費者契約法——立法への課題——』別冊NBL五四号一四四頁以下（一九九九年）が詳細である。

(96) 合意の中心部分への介入の可否については、潮見・前掲注（94）一四四頁以下も参照。

(97) 拙稿「巨額な共同責任の反良俗性——ドイツ良俗則の最近の展開——」（二・一・完）法学論叢一四七巻一四二頁以下、一四八巻一四八五頁以下（二〇〇〇年）、同「極端に巨額な保証債務の反良俗性——ドイツ良俗則の最近の展開・その二——」（二・一・完）法学論叢一四八巻二一八頁以下、一四九巻五号四六頁以下（二〇〇〇年、二〇〇一年）。

(98) 近時顕在化しつつある公序良俗論の対立軸の一つは、公序良俗論を、①公を私の支援と位置付ける方向を基軸として考えるのか、②私を公の目的実現の手段と位置付ける方向を基軸として考えるのかにある（吉田・後掲「民法の争点」五一頁の分析による）。本文のように行為態様の面から暴利行為論拡張の限界を探索しようとする場合、このどちらの立場に定位するかが問題となるが、この点に関する筆者の立場は今後に留保しておきたい。

文献としては、①と②の二つの方向を提示するものとして、大村敦志・前掲書注（90）一六三頁以下、①を志向するものとして、山本敬三・前掲書注（90）、山本顯治「競争秩序と契約法——『厚生対権利』の一局面——」神戸法学雑誌五六巻三二二頁（二〇〇六年）、②を志向するものとして、森田修「独禁法違反行為の私法上の効力」試論——独禁法による民法の〈支援〉——日本経済法学会年報第一九号九頁以下（一九九八年）、同「市場における公正と公序良俗」金子晃・根岸哲・佐藤徳太郎監修『企業とフェアネス 公正と競争の原理』六七頁以下（二〇〇〇年）、同「新版・注釈民法（3）九四頁以下（とくに「三二頁以下」（二〇〇三年）、①②を対立的なものとしてのみ捉えるべきかという問題を提起するものとして、吉田克己「公共の福祉・権利濫用・公序良俗」内田貴・大村敦志編『民法の争点』四八頁以下（二〇〇七年）、同「総論・競争秩序と民法」NBL八六号三三九頁以下（二〇〇七年）を参照。

(99) この問題については、河上「法理」三七六頁・三八三頁注（四）、山本豊「附随的契約条項の全部無効、一部無効または合了解釈について」同前掲書注（6）一〇五頁以下（該当部分の初出は一九八七年、山本敬三「一部無効の判断構造——契約における法律効果確定過程の構造化に向けて——」（二・一）法学論叢一二七巻四一頁以下、同一二七巻六六頁一頁以下（一九九〇年）、山本敬三「不当条項に対する内容規制とその効果」みんけん（民事研修）五〇七号二〇頁以下（一九九九年）、潮見・前掲書注（94）一五三頁以下を参照。ドイツにおける良俗違反お



よび約款規制の効果と一般予防原理との関係で考察した文献として、中川敏宏「契約内容規制の効果と一般予防原理（二）（二・完）」一橋研究二六卷二号二九頁以下、同二六卷四号一五頁以下（二〇〇一年、二〇〇二年）、ドイツにおける高額な反対給付の縮減について考察した文献として、拙稿「一部無効の論理——高額な反対給付の縮減に関するドイツ法の最近の展開——」甲南法学四二卷三・四号一九七頁以下（二〇〇二年）、同「対価の縮減の法理について——ドイツ法を参考として」私法六七号一四三頁以下（二〇〇五年）を参照。